

NULLUM CRIMEN

Tijdschrift voor straf- en strafprocesrecht

TWEEMAANDELIJKS TIJDSCHRIFT TIENDE JAARGANG NUMMER 2 APRIL 2015

DOCTRINE

Patrick Waeterinckx, De (afgeleide) rechten van verdediging van de rechtspersoon. Heeft een rechtspersoon het recht te zwijgen, eventueel met of zonder bijstand van een raadsman? 73
Tim De Coster, De inzage in het strafdossier en het statuut van de benadeelde persoon 96

JURISPRUDENTIE

Cass. 20 maart 2013 Strafbare deelneming – Strafbare poging – Vrijwillige terugtred door de deelnemer 113
Cass. 17 april 2013 Strafbare deelneming – Mededader – Voorwaarden – Vrijwillige terugtred 114
Noot J. Vanheule, De vrijwillig terugtrekkende deelnemer 115
Cass. 10 december 2013 Art. 215-216 Sw. – Art. 1382-83 BW – Valse getuigenis – Begroting schade 122
Noot B. Weyts, Leidt een valse getuigenis in een strafzaak automatisch tot burgerrechtelijke morele schade? 123
Cass. 12 maart 2014 Herkwalificatie – Recht van verdediging – Poging – Diefstal – Verzwarende omstandigheid 125
Cass. 8 april 2014 *Non bis in idem* bij hoger beroep – Poging moord – draagwijdte correctionalisatie – Verschillende rechtstoestand correctionele rechtbank en hof van assisen – Onderscheid absoluut en

relatief ondeugdelijke poging – Onaanastbare beoordeling feitenrechter 127
Cass. 29 april 2014 Regeling der rechtspleging – Hoger beroep door de in verdenking gestelde – Overschrijding van de redelijke termijn – Gevolgen 129
Cass. 10 juni 2014 Sport – Decreet medisch en ethisch verantwoorde sportbeoefening – Sportbeoefenaar – Dopingpraktijk – Drugswet – Strafbaarstelling 130
Cass. 17 juni 2014 Observatie – Beslissing houdende bevestiging bestaan van machtiging – Geen verplichting tot vermelding tijdstip machtiging – Observatie – Laattijdige voeging processen-verbaal en beslissing inzake machtiging – Gevolgen 132
Cass. 7 oktober 2014 Art. 27 Voorlopige Hechteniswet – Voorlopige invrijheidstelling – Verzoekschrift – Vonnisgerecht – Bevoegde kamer 134
Cass. 4 november 2014 Art. 324bis Sw. – Criminele organisatie – Begrip – Art. 1382 BW – Schadevergoeding – Verscheidene daders – Hoofdelijkheid – Vaststelling causaal verband – Onaanastbare beoordeling feitenrechter 135
Cass. 4 november 2014 Onderzoeksgerechten – Regeling van de rechtspleging – Bijkomende onderzoekshandeling – Niet-uitvoering 136
Gent 3 september 2014 Bijzondere verbeurdverklaring – Toepassing strafwet

in de tijd – Art. 8 Probatielwet (verbeurdverklaring zonder uitstel) 137
Antwerpen 24 september 2014 Bijzondere verbeurdverklaring – Toepassing strafwet in de tijd – Art. 8 Probatielwet (verbeurdverklaring zonder uitstel) – Onroerend goed – Overschrijving schriftelijke vordering Openbaar Ministerie 138
Assisen Oost-Vlaanderen 22 maart 2013 Strafbare poging – Poging tot moord – Invulling constitutieve bestanddelen poging 140
Noot J. Rozie, Is er nog ruimte voor vrijwillige terugtred bij het leerstuk van de strafbare poging? 141
KI Antwerpen 14 november 2013 Bijzondere opsporingsmethode observatie – Observatie vóór de periode van de machtiging – Geen verplichte nietigheidssanctie maar toepassing van de Antigoon-criteria 148
Noot L. Huybrechts, Antigoon-criteria bij onregelmatige (stelselmatige) observatie vóór of na de periode van machtiging 150

WETGEVING

Franky Goossens 152

ANDERE PUBLICATIES

Franky Goossens 156

Jurisprudentie

Cass. 20 maart 2013 (P.13.0016.F)

Zet.: de Codt en Close (Afdelingsvoorzitters), Dejemeppe, Steffens en Roggen (Raadsheren)
O.M.: Vandermeersch (Advocaat-generaal)
Adv.: Mr. P. Rodeyns

STRAFBARE DEELNEMING – STRAFBARE POGING –
VRIJWILLIGE TERUGTRED DOOR DE DEELNEMER

Wat de dader van een poging tot misdaad of wanbedrijf betreft, bestaat vrijwillige terugtred in het feit van spontaan van zijn voornemen af te zien vooraleer het misdrijf is voltrokken.

De ontstentenis van vrijwillige terugtred is geen voorwaarde voor het bestaan van strafbare deelneming aan een voltrokken misdrijf.

Poging tot deelname aan een misdrijf is niet bij wet strafbaar gesteld.

(C.P./C.G.; M.D.; N.T.)

(...)

I. Rechtspleging voor het hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Luik, correctionele kamer, van 30 november 2012.

(...)

II. Beslissing van het hof

A. In zoverre het cassatieberoep gericht is tegen de veroordelende beslissing op de strafvordering tegen de eiser

Eerste middel

De eiser voert aan dat het arrest niet naar recht verantwoordt waarom het zijn verweermiddel afwijst, dat stelt dat hij die

vrijwillig afstand heeft gedaan van zijn misdadig opzet, niet als mededader kan worden veroordeeld voor misdrijven die zijn gepleegd door zij die het hebben uitgevoerd.

Wat de dader van een poging tot misdaad of van een wanbedrijf betreft, bestaat vrijwillige afstand erin om spontaan van zijn voornemen af te zien vooraleer het misdrijf wordt voltrokken.

Ontstentenis van vrijwillige afstand is dus geen voorwaarde voor het bestaan van strafbare deelneming aan een voltrokken misdrijf.

Hij die door misbruik van gezag of macht een misdrijf rechtstreeks heeft uitgelokt, wordt als de dader van dat misdrijf beschouwd, ook al neemt hij geen deel aan de uitvoering van de feiten.

Het arrest wijst erop dat de eiser de andere beklaagden heeft aangezet om de feiten voor zijn rekening te plegen en ervoor heeft gezorgd dat hij daaraan niet daadwerkelijk deelnam, zonder evenwel zich er niet meer voor te interesseren met de bedoeling om minder risico te lopen.

Aangezien poging tot deelname aan een misdrijf niet bij wet strafbaar is, dienden de appelrechters het voorgedragen verweermiddel niet te beantwoorden. De naar recht verantwoorde afwijzing, in de hierboven gestelde bewoordingen, miskent noch het recht van verdediging, noch het recht op een eerlijk proces.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Tweede middel

De eiser verwijt het arrest dat het hem als mededader beschouwt van de willekeurige vrijheidsberoving van de slachtoffers, hoewel hij die niet ter plaatse was, hun vrijheidsberoving noch gewild noch gepland heeft.

Het arrest wijst er evenwel op, met een feitelijke beoordeling waarop het Hof geen toezicht vermag uit te oefenen, dat de eiser niet onwetend was van de omvang van het leed dat de slachtoffers wachtte en van de uiteindelijk aangewende *modus operandi*.

Het middel dat opkomt tegen de onaantastbare beoordeling van de feitenrechters, is niet ontvankelijk.

Ambtshalve onderzoek van de beslissing over de strafvordering

De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet gewezen.

(...)

Dictum

Het Hof,
Verwerpt het cassatieberoep.
(...)

Cass. 17 april 2013 (P.13.0148.F)

Zet.: Close (Afdelingsvoorzitter), Dejemeppe, Cornelis,
Steffens en Roggen (Raadsheren)
O.M.: Loop (Advocaat-generaal)
Adv.: Mr. D. Holzapfel

STRAFBARE DEELNEMING – MEDEDADER – VOORWAARDEN –
VRIJWILLIGE TERUGTRED

In de regel volstaat een positieve en bewuste daad die aan de uitvoering van een misdaad of wanbedrijf voorafgaat, om strafbare deelneming op te leveren wanneer het misdrijf zonder die daad niet had kunnen worden gepleegd; de omstandigheid dat de dader ervan niet fysiek aan de feiten wenste deel te nemen en dat hij zich van de feiten wilde losmaken, geldt niet als vrijwillige terugtred, die voor de dader van een poging tot misdaad of wanbedrijf erin bestaat om spontaan een einde te maken aan zijn opzet, vóór de voltooiing van het misdrijf.

Om als mededader van een misdaad of wanbedrijf te worden aangewezen, volstaat het om een daad te stellen als bepaald in artikel 66 Sw., met het oog om wetens en willens zijn medewerking te verlenen aan het misdrijf dat door een derde wordt of zal worden gepleegd; het is evenwel niet vereist dat de mededader kennis had van het feit dat het misdrijf reeds was gepleegd.

(A.K.M.)

(...)

I. Rechtspleging voor het hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Bergen, correctionele kamer, van 21 december 2012.

(...)

II. Beslissing van het hof

Eerste middel

Het middel, dat de schending aanvoert van artikel 66 Strafwetboek, verwijt het arrest dat het de wil van de eiser om zich aan te sluiten bij of deel te nemen aan de feiten waaraan hij in de hoedanigheid van mededader schuldig is verklaard, niet naar recht vaststelt.

In de regel volstaat een positieve en bewuste daad die aan de uitvoering van een misdaad of wanbedrijf voorafgaat, om de strafbare deelneming te gronden, wanneer het misdrijf zonder die daad niet kon zijn gepleegd.

Het arrest vermeldt dat de eiser na verkenning aan zijn kompaan heeft laten weten dat hij niet langer in persoon aan het vervolg van de onderneming wenste deel te nemen en dat hij zich wou terugtrekken uit de geplande overval op het begerde bankkantoor.

Het oordeelt dat de eiser aan de betrokkene diezelfde dag nog een tas heeft teruggegeven met een koevoet, een hamer, twee pruiken, twee telefoons en twee oortjes en hem twee kogelvrije vesten die hem toebehoorden heeft doorverkocht in de wetenschap dat betrokkene de bedoeling had met de zaak door te gaan.

Het hof van beroep verantwoordt aldus zijn beslissing naar recht dat de eiser de feiten “met hulp en bijstand” had gepleegd, in de zin van artikel 66 Strafwetboek, waarvan het arrest, met bevestiging van het beroepen vonnis, de bewoordingen overneemt.

Voor het overige levert de omstandigheid waarop de appelrechters hebben gewezen, met name dat de eiser niet zelf fysiek aan de feiten heeft willen deelnemen en dat hij daarvan afstand wilde nemen, geen vrijwillige afstand op die voor de dader van een poging tot misdaad of wanbedrijf erin bestaat zijn opzet, vóór de tenuitvoerlegging van het misdrijf, spontaan te laten varen.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Tweede middel

Het middel betwist dat de eiser kennis had van de wil van zijn kompaan om met het plan dat zij aanvankelijk samen hadden bedacht door te gaan. Enerzijds is het middel niet ontvankelijk, in zoverre het opkomt tegen de bewijswaardering van de appelrechters, die van feitelijke aard is, of het Hof noopt om gegevens uit het dossier na te gaan, waarvoor het niet bevoegd is.

Anderzijds is voor mededaderschap aan een misdaad of wanbedrijf enkel vereist dat een in artikel 66 Strafwetboek bepaalde daad wordt gesteld, met het oogmerk om wetens en

willens mee te werken aan het misdrijf dat door een derde wordt of zal worden gepleegd.

In zoverre het middel aanvoert dat de mededader geweten moet hebben dat het misdrijf werd gepleegd, voegt het aan het voormelde artikel 66 een voorwaarde toe die daarin niet is bepaald en faalt het bijgevolg naar recht. In zoverre het middel ten slotte de miskennen van de bewijskracht aanvoert van akten waarnaar het arrest niet verwijst, mist het feitelijke grondslag.

Ambtshalve onderzoek van de beslissing over de strafvordering

De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet geweest.

Dictum

Het Hof,
Verwerpt het cassatieberoep.
(...)

NOOT: De vrijwillig terugtrekkende deelnemer

I. Inleiding

1. De verhouding tussen de strafbare poging en de strafbare deelneming ligt in het Belgische strafrecht reeds eeuwenlang vast. Deelneming aan een strafbare poging is strafbaar. Van poging tot deelneming wordt aangenomen dat deze niet strafbaar is.¹ De twee geannoteerde arresten van het Hof van Cassatie brengen hierin geen ommekeer teweeg, integendeel. In het arrest van 20 maart 2013 overweegt het Hof van Cassatie voor het eerst (uitdrukkelijk) dat de (straf)wet de poging tot deelneming aan een misdrijf niet strafbaar stelt.² Toch nodigen de twee arresten uit tot enkele beschouwingen, in het bijzonder over de *vrijwillige terugtred* bij deelneming.³

¹ Wel heeft de Belgische wetgever met de wet van 7 juli 1875 tot bestraffing van het aanbod of het voorstel om bepaalde misdaden te plegen, verschillende gedragingen strafbaar gesteld die kunnen worden bestempeld als strafbare 'voorstadia' van de strafbare deelneming. Deze strafbare gedragingen worden in het Nederlandse en het Duitse strafrecht behandeld onder de noemer van de 'poging tot deelneming'. Zie daarover J. VANHEULE, *Strafbare deelneming*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nrs. 676-694, 833-855.

² Cass. 20 maart 2013, *RDPC* 2013, 779, noot F. KUTY.

³ Zie daarover A. DE NAUW, *Strafbaarheid van voorbereidingshandelingen, een preadvies*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Antwerpen, De Sikkell, 1982, 31-39; R. DECLERCQ, "Tentative, participation, désistement" in *INTERUNIVERSITAIR CENTRUM VOOR RECHTSVERGELIJKING, Rapports belges (vol. 1) au XIIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 455-484. Zie tevens m.b.t. het Nederlandse strafrecht: H.D. WOLSWIJK, "Enkele opmerkingen over vrijwillig terugtreden bij deelneming" in B.F. KEULEN, G. KNIGGE en H.D. WOLSWIJK

In het arrest van 20 maart 2013 had het Hof van Cassatie te oordelen over een geval waarbij eiser in cassatie, door misbruik te maken van zijn gezag of macht, twee andere personen had aangezet tot het plegen van een diefstal met geweld of bedreiging en een willekeurige vrijheidsberoving. Om zo weinig mogelijk risico te lopen, had eiser in cassatie zelf niet deelgenomen aan de materiële uitvoering van de misdrijven die voor zijn rekening werden gepleegd. Voor het hof van beroep had eiser in cassatie ingeroepen dat hij vrijwillig afstand had gedaan van zijn delictueel opzet en daarom niet kon worden veroordeeld als mededader van de gepleegde misdrijven. Het hof van beroep heeft dit verweer verworpen en heeft eiser in cassatie veroordeeld uit hoofde van strafbare deelneming (art. 66, vierde lid Sw.). Voor het Hof van Cassatie werd ingeroepen dat het veroordelend arrest de afwijzing van het beroep op de vrijwillige terugtred niet naar recht verantwoordt. Op eensluidende conclusie van Advocaat-generaal D. VANDERMEERSCH heeft het Hof van Cassatie in het arrest van 20 maart 2013 overwogen dat de afwezigheid van vrijwillige terugtred geen voorwaarde is voor strafbare deelneming aan een voltooid misdrijf en dat, gelet op het feit dat de wet de poging tot deelneming aan een misdrijf niet strafbaar stelt, het hof van beroep het voorgedragen verweermiddel niet diende te beantwoorden.

In het arrest van 17 april 2013 had het Hof van Cassatie te oordelen over een geval waarbij eiser in cassatie en zijn kompaan het plan hadden bedacht om samen een overval te plegen op een bankkantoor. Na de verkenning liet eiser in cassatie aan zijn kompaan weten dat hij niet langer aan het vervolg van de onderneming wilde deelnemen en dat hij zich wilde terugtrekken uit de geplande overval. Diezelfde dag nog gaf eiser in cassatie aan zijn kompaan een tas terug met daarin een koevoet, een hamer, twee pruiken, twee telefoons en twee oortjes. Ook had eiser in cassatie diezelfde dag nog twee kogelvrije vesten die hem toebehoorden, doorverkocht aan zijn kompaan in de wetenschap dat deze de bedoeling had om met de overval door te gaan. Het Hof van Cassatie heeft de veroordeling van eiser in cassatie uit hoofde van strafbare deelneming (art. 66, derde lid Sw.) bevestigd en daarbij overwogen dat de omstandigheid dat eiser in cassatie niet zelf fysiek aan de overval heeft willen deelnemen en dat hij daarvan bewust afstand wilde nemen, geen *vrijwillige terugtred* oplevert die voor de dader van een poging tot een misdaad of wanbedrijf erin bestaat zijn opzet, vóór de tenuitvoerlegging van het misdrijf, spontaan te laten varen. Aldus werd het ingeroepen middel volgens hetwelk de wil om deel te nemen aan de overval in hoofde van eiser in cassatie niet naar recht zou zijn vastgesteld, niet aangenomen.

In deze twee zaken werd door een deelnemer vrijwillige terugtred ingeroepen teneinde de vrijspraak te krijgen. Op basis van de concrete feiten werd geoordeeld dat er van een vrijwillige terugtred echter geen sprake was en de veroordeling uit hoofde van strafbare deelneming werd bevestigd. Naar aanleiding van deze twee arresten van het

(eds.), *Pet Af. Liber Amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 537-558.

Hof van Cassatie wordt hierna ingegaan op de gevolgen van de vrijwillige terugtred voor de strafbaarheid van de deelneming. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen, enerzijds, de situatie waarbij de *dader* of *een van de daders* van het strafbare hoofdfeit vrijwillig terugtreedt (II) en, anderzijds, het geval waarbij een *deelnemer* aan het strafbare hoofdfeit vrijwillig terugtreedt (III).

II. Doorwerking van de vrijwillige terugtred in hoofde van de dader van een poging t.a.v. de deelnemers

2. Zoals hierboven reeds werd aangegeven, wordt de strafbaarheid van de deelneming aan een strafbare poging in het Belgische strafrecht niet betwist. De toepassing van de wettelijke deelnemingsbepalingen (art. 66-69 Sw.) veronderstelt als strafbaar hoofdfeit een door de wet als misdaad of als wanbedrijf gekwalificeerd feit. Met dit laatste wordt in beginsel elk feit bedoeld dat door de strafwet met een criminele of correctionele straf wordt bedreigd. Ook een *poging* tot een strafbaar feit die door de wet met een criminele of correctionele straf wordt bedreigd, kan dus functioneren als aanknopingspunt voor de deelnemingsgedragingen.⁴ In het geval van een deelneming aan een strafbare poging tot een misdaad of een wanbedrijf dienen eerst de regels m.b.t. de strafbare poging te worden toegepast en pas daarna de regels m.b.t. de strafbare deelneming.⁵ Wanneer A medeplichtig is aan een poging tot diefstal d.m.v. geweld of bedreiging, wordt de straf toepasselijk op A als volgt bepaald. Diefstal d.m.v. geweld of bedreiging wordt strafbaar gesteld met opsluiting van vijf tot tien jaar (art. 468 Sw.). De poging tot een misdaad wordt gestraft met de straf die, overeenkomstig de artikelen 80-81 Sw., onmiddellijk lager is dan die gesteld op de misdaad zelf.⁶ Dit betekent dat de poging tot diefstal d.m.v. geweld of

bedreigingen strafbaar is met een gevangenisstraf van ten minste één maand (art. 80, vijfde lid Sw.). Het maximum van de correctionele gevangenisstraf bedraagt vijf jaar (art. 25 Sw.). De straf t.a.v. de medeplichtige aan dit wanbedrijf – de poging tot diefstal d.m.v. geweld of bedreiging is strafbaar met een correctionele straf – mag niet hoger zijn dan twee derde van de gevangenisstraf van 5 jaar (art. 69, tweede lid Sw.).

3. In het geval van deelneming aan een strafbare poging beoogt de deelnemer, zoals de dader, het *voltooide* misdrijf, terwijl uiteindelijk 'slechts' een *strafbare poging* daartoe wordt gepleegd. Dat het gepleegde misdrijf niet volledig beantwoordt aan het misdrijf dat de deelnemer voor ogen had (poging i.p.v. voltooid misdrijf), sluit de strafbaarheid van de deelneming evenwel niet uit. In het algemeen wordt aangenomen dat wanneer het gepleegde misdrijf lichter is dan het misdrijf waarop het opzet van de deelnemer was gericht op het ogenblik dat hij zijn deelnemingsgedraging heeft verricht, de deelnemer kan worden veroordeeld wegens strafbare deelneming aan het gepleegde misdrijf. In voorkomend geval kan immers worden aangenomen dat het deelnemingsopzet betrekking heeft op het gepleegde misdrijf, omdat het opzet m.b.t. het zwaardere misdrijf het opzet m.b.t. het lichtere misdrijf omvat.⁷ Wanneer een deelnemer beoogt deel te nemen aan een moord, en er 'slechts' een poging tot

misdrijf functioneert als een abstract aanknopingspunt dat zelf niet onderhevig kan zijn aan denaturatie door strafvermeerdering of strafvermindering. In het geval van correctionalisatie of contraventionalisatie staan we dan voor een gecorrectionaliseerde poging tot een *in abstracto* voltooide misdaad of wanbedrijf en niet voor een poging tot een gecorrectionaliseerde misdaad of een gecontraventionaliseerd wanbedrijf.

⁷ Zie Cass. 17 april 2013, P.13.0148.F: "Anderzijds is voor mededaderschap aan een misdaad of een wanbedrijf enkel vereist dat een in artikel 66 Strafwetboek bepaalde daad wordt gesteld, met het oogmerk om wetens en willens mee te werken aan het misdrijf dat door een derde wordt of zal worden gepleegd. In zoverre het middel aanvoert dat de mededader geweten moet hebben dat het misdrijf werd gepleegd, voegt het aan het voormelde artikel 66 een voorwaarde toe die daarin niet is bepaald en faalt het bijgevolg naar recht".

⁸ P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, I/2, in *Les Nouvelles. Droit pénal*, Brussel, Larclier, 1962, nr. 4003, 135; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, Story-Scientia, 1968, nrs. 1217-1220, 652-654; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, nr. 610, 336; L. DUPONT, *Beginselen van strafrecht*, I, (herziene uitgave), Leuven, Acco, 2004, nr. 466, 194 en F. VERBRUGGEN, "Strafbare voorbereidingshandelingen in België: een autopsie zonder lijk" in F. VERBRUGGEN, E. PRAKKEN en D. ROEF, *Vorbereidingshandelingen in het strafrecht. Preadvies voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 8 oktober 2004 te Tilburg*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2004, 70. De Franse strafrechtsgeleerde W. JEANDIDIER omschrijft het lichtere misdrijf van dezelfde aard treffend als een 'diminutif' van het misdrijf waarop het opzet van de deelnemer was gericht (W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, (2e édition), Parijs, Montchrestien, 1991, nr. 305, 330). Zie reeds eerder: J. LARGUIER, "Chronique de jurisprudence. I. Droit pénal général", RSC 1975, 681.

⁴ Cass. 17 oktober 1990, Arr.Cass. 1990-91, 189 en Pas. 1991, I, 167; Cass. 24 juni 1992, Arr.Cass. 1991-92, 1030, Pas. 1992, I, 954, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN en RDPC 1993, 87, noot; Cass. 16 januari 1996, Arr.Cass. 1996, 69 en Pas. 1996, I, 75; Cass. 13 juni 2001, Arr.Cass. 2001, 1164 en Pas. 2001, I, 1122; Gent 6 mei 1953, RW 1953-54, 703; Gent 6 april 1982, RW 1982-83, 366; Brussel 16 maart 1992, RDPC 1992, 794 en JT 1993, 557.

⁵ L. DUPONT, "Wettelijke regelen inzake straffoetmeting en hun onderlinge combinatie" in *Strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1985, 161-162 en B. SPRIET, "Tabula Dupontis. De Tabel Dupont tot combinatie van straffoetmetingsnormen" in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE en B. SPRIET (eds.), *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, I, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, 543-546. Bij de beoordeling van de strafbaarheid van de poging moet rekening worden gehouden met de verzwarende omstandigheden. Zie bv. Cass. 17 oktober 1990, Arr.Cass. 1990-91, 189 en Pas. 1991, I, 167; Antwerpen 18 december 2003, NJW 2004, 698, noot J. DEENE.

⁶ De poging tot een misdaad blijft strafbaar in het geval van correctionalisatie (Cass. 24 april 2001, Arr.Cass. 2001, 707 en Pas. 2001, I, 679, concl. T. WERQUIN). Zie in dit verband ook R. VERSTRAETEN en B. SPRIET, "De drie-ledige indeling van de misdrijven als leidraad van het strafrecht: een verdachte eenvoud" in *Liber amicorum Marc Châtel*, Antwerpen, Kluwer, 1991, nrs. 49-50, 494-495. R. VERSTRAETEN en B. SPRIET schrijven i.v.m. de bepalingen m.b.t. de strafbare poging dat het voltooide

moord wordt gepleegd, is er sprake van strafbare deelneming aan poging tot moord.

4. Wat zijn de gevolgen van de vrijwillige terugtred in hoofde van de dader of een van de daders van het strafbare hoofdfeit (eigenlijke of onvoltooide poging) of van het vrijwillig doen mislukken van het misdrijf (voltooide poging, mislukt misdrijf) voor de strafbaarheid van de andere delictbetrokkenen? Overeenkomstig de dominante opvatting in de rechtsleer dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de gevolgen voor de andere daders en de gevolgen voor de deelnemers. Dader is volgens het Hof van Cassatie de persoon die alle constitutieve bestanddelen van het misdrijf, inclusief het vereiste moreel bestanddeel, in zijn persoon verenigt. Deelnemer is hij die met opzet aan een misdrijf deelneemt op een bij de wet bepaalde wijze, zonder daarbij het misdrijf in al zijn bestanddelen te plegen.⁹ Aangenomen wordt dat de vrijwillige terugtred in hoofde van een van de daders niet doorwerkt naar andere daders, maar wel naar deelnemers.

Wanneer twee personen samenwerken om een misdrijf te plegen en de poging tot dat misdrijf wordt gestaakt omdat een van hen vrijwillig afziet van de criminele onderneming, dan resulteert dit enkel in de straffeloosheid van hij die vrijwillig is teruggetreden. Een voorbeeld kan dit illustreren. A en B plegen in gemeenschappelijk overleg een diefstal, waarbij zowel A als B de woning binnendringen en er samen goederen wegnemen. Zowel de gedraging van A als deze van B valt dan onder de wettelijke delictsomschrijving van het misdrijf van diefstal. Een beroep op de deelnemingsbepalingen is dan niet nodig om de twee daders strafrechtelijk te vervolgen. Stel nu dat A vrijwillig terugtreedt en B zich daarom genoodzaakt ziet ook de aflocht te blazen. Zowel in hoofde van A als in hoofde van B is er dan sprake van een begin van uitvoering van de diefstal, dat in beide gevallen kan worden opgevat als de veruitwendiging van het voornemen om de diefstal te plegen. A kan, als gevolg van zijn vrijwillige terugtred, niet worden gestraft. B blijft wel strafbaar. Immers, de strafbaarheid van de gedraging van B hangt niet af van de strafbaarheid van de gedraging van A, zodat het feit dat de gedraging van A niet strafbaar is, geen rol speelt voor de strafbaarheid van B. De vrijwillige terugtred van of het vrijwillig doen mislukken van het misdrijf door A levert voor B een omstandigheid onafhankelijk van zijn wil op.¹⁰

⁹ Cass. 5 juni 2012, P.11.0902.N. Zie ook Cass. 28 november 2006, P.06.1047.N; Cass. 10 april 2012, P.12.2017.F. concl. D. VANDERMEERSCH en Cass. 17 april 2013, P.13.0148.F.

¹⁰ J. NYPELS, *Le code pénal belge interprété principalement au point de vue de la pratique*, I, *Droit pénal général* (art. 1er à 100bis), (troisième édition mise au courant de la doctrine et de la jurisprudence par SERVAIS J.), Brussel, Etablissements Emile Bruylant, 1938, nr. 14, 184; J. GOEDSEELS, *Commentaire du Code pénal belge*, I, (seconde édition revue, complétée et mise à jour), Brussel, Bruylant, 1948, nr. 399, 98-99 en nr. 402, 99; C.J. VANHOUDT en W. CALLEWAERT, *Belgisch strafrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1968, nr. 784, 405; A. DE NAUW, *Strafbaarheid van voorbereidingshandelingen, een preadvies*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland,

Wanneer er deelnemers bij betrokken zijn en deze zelf op geen enkel ogenblik afstand hebben genomen van de (verdere) uitvoering van het strafbare hoofdfeit, dan vormt de vrijwillige terugtred of het vrijwillig doen mislukken van de misdaad of het wanbedrijf door de dader ook voor de deelnemers een omstandigheid onafhankelijk van hun wil. Niettemin kunnen de deelnemers, althans volgens de dominante opvatting in de rechtsleer, niet worden bestraft uit hoofde van deelneming aan een strafbare poging, en dit als gevolg van, enerzijds, de onzelfstandigheid van de strafbaarheid van de deelneming en, anderzijds, de juridische constructie van de strafbare poging. Volgens de dominante opvatting in de rechtsleer is de afwezigheid van vrijwillige terugtred of het vrijwillig doen mislukken van het misdrijf een negatief constitutief bestanddeel van de strafbare poging. In geval van vrijwillige terugtred of het vrijwillig doen mislukken van het misdrijf zijn dan niet alle constitutieve bestanddelen van de poging vervuld en ontbreekt er een strafbaar hoofdfeit waaraan de deelnemingsgedragingen kunnen worden vastgehecht.¹¹ Wanneer A B aanzet tot het plegen van een misdaad en B, na te zijn begonnen met de uitvoering van de misdaad, vrijwillig terugtreedt, dan kan A volgens de dominante opvatting in de rechtsleer niet worden gestraft wegens deelneming.¹² Dit is zelfs het geval wanneer B vrijwillig terugtreedt tegen de wil in van A.¹³ Aldus beschouwd, werkt de vrijwillige terugtred in hoofde van de dader door naar de deelnemer.

5. In het licht van het bovenstaande verkrijgt het onderscheid tussen daderschap en deelneming een bijzondere relevantie. In het eerste geval is er sprake van twee daders die identieke gedragingen verrichten, waarbij die gedragingen de constitutieve bestanddelen van het misdrijf verenigen en aldus onder de wettelijke delictsomschrijving vallen. Die situatie valt duidelijk te onderscheiden van het tweede geval, waarbij een deelnemer geen enkel constitutief bestanddeel van het misdrijf voor zijn rekening neemt, maar wel wetens en wilens op een door de wet omschreven wijze bijdraagt tot een strafbaar hoofdfeit dat door de dader wordt gepleegd. Evenwel is ook het geval denkbaar waarbij twee personen vanuit een

Antwerpen, De Sikkell, 1982, 31 en W. CALLEWAERT, "De strafbare poging", *Rechtsk. T.* 1954, 229.

¹¹ In deze zin J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, I, (deuxième édition, revue, corrigée et considérablement augmentée), Gent, Librairie générale de Ad. Hoste, 1874, nr. 459, 353; P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, I/1, in *Les Nouvelles. Droit pénal*, Brussel, Larciér, 1956, nr. 2365, 372; C.J. VANHOUDT en W. CALLEWAERT, o.c., II, (uitgave 1968), nr. 784, 405; A. DE NAUW, o.c., 32; R. DECLERCQ, l.c., 460 en F. VERBRUGGEN, l.c., 42. Zie ook: J. CONSTANT, *Traité élémentaire de Droit Pénal. Principes généraux du droit pénal positif belge*, I, *La loi pénale - l'infraction - le délinquant*, Luik, Imprimeries Nationales, 1965, nr. 261, 342.

¹² In voorkomend geval heeft A een poging tot aanzetting gepleegd, die enkel tot bestraffing aanleiding kan geven wanneer de poging tot aanzetting strafbaar gesteld is als een misdrijf sui generis.

¹³ R. DECLERCQ, l.c., 475.

gelijkwaardige positie een misdadig plan beramen en vervolgens de rollen zo verdelen dat een van hen achter de schermen blijft (A) en de ander het misdadig plan tot uitvoering brengt (B), maar waarbij zowel A als B handelen met een zogenaamde *animus auctoris*. Dit is de subjectieve ingesteldheid die zich laat kenmerken door de wil om het misdrijf als het zijne te willen en niet alleen maar, vanuit een ondergeschikte positie, de werkzaamheid van anderen te ondersteunen (*animus socii*).¹⁴ Op basis van zijn gedraging dient B als een dader te worden beschouwd, omdat hij alle delictsbestanddelen van het misdrijf realiseert. Omdat A zelf geen constitutieve bestanddelen van het misdrijf vervult, kan hij *prima facie* niet als dader, maar enkel als deelnemer worden beschouwd. In voorkomend geval zou, wanneer B zich tijdens de uitvoering van het misdrijf bedenkt en de aftocht blaast, deze vrijwillige terugtred in hoofde van B doorwerken naar A en zou dus ook A vrijuit gaan. Evenwel kan o.i. in de hierboven beschreven vorm van strafbare samenwerking ook een modaliteit van daderschap worden gezien, die wij eerder als 'codaderschap' hebben aangeduid. Onder de figuur van het codaderschap begrijpen wij, naar het voorbeeld van het 'medeplegen' in artikel 47, 1, 1^o van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, gevallen van strafbare samenwerking waarbij de delictsbetrokkenen op voet van gelijkheid handelen en samen wetens en willens een strafbaar feit plegen: de codaders dragen niet bij tot een strafbaar hoofdfeit dat een ander heeft gepleegd, codaders plegen zelf het strafbare feit. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de codaders wordt geconstrueerd op basis van een wederzijdse toerekening van constitutieve bestanddelen, waardoor elk van de codaders wordt geacht het strafbare feit in zijn geheel te hebben gepleegd.¹⁵ Op basis van de figuur van het codaderschap is A dan wel strafbaar. Via het mechanisme van de wederzijdse toerekening kan het begin van uitvoering door B toegerekend worden aan A, de man achter de schermen. De vrijwillige terugtred in hoofde van B kan evenwel niet worden toegerekend aan A, omdat deze per hypothese buiten zijn opzet valt. Aldus wordt A geacht een strafbaar begin van

uitvoering te hebben begaan en hij is dan ook als zodanig strafbaar.¹⁶

6. Zoals hoger werd toegelicht, werkt de vrijwillige terugtred in hoofde van de dader door naar de deelnemer. Vooral wanneer de dader door vrijwillig terug te treden ingaat tegen de wil van de deelnemer, zou men de straffeloosheid van deze laatste als 'onverdiend' kunnen ervaren. In voorkomend geval is de niet-voltooiing van het misdrijf niet de verdienste van de deelnemer, maar enkel van de dader. Vanuit die invalshoek kan men zich dan ook afvragen of (de afwezigheid van) de vrijwillige terugtred of het vrijwillig doen mislukken van het misdrijf niet zou kunnen worden beschouwd als een persoonlijke strafuitsluitingsgrond i.p.v. een negatief constitutief bestanddeel, waardoor enkel diegene die zelf vrijwillig terugtreedt of zelf het misdrijf vrijwillig doet mislukken, zich erop kan beroepen. Eerder heeft onder meer W. CALLEWAERT gesteld dat het "*voltooid misdrijf van medeplichtigheid*" aan een strafbare poging niet ophoudt strafbaar te zijn wanneer deze poging vrijwillig werd gestaakt of haar uitwerking heeft gemist door de vrijwillige afstand van een van de daders.¹⁷ In de Nederlandse doctrine wordt het standpunt van de Nederlandse strafwetgever volgens hetwelk bij vrijwillig terugtreden door de pleger, de uitlokker en de medeplichtige niet strafbaar zijn als deelnemer, door verschillende gezaghebbende auteurs bekritiseerd: vrijwillige terugtred zou dienen te worden aangemerkt als een persoonlijk werkende kwalificatie- dan wel strafuitsluitingsgrond.¹⁸ In het Duitse Strafgesetzbuch, dat een specifieke regeling inzake vrijwillige terugtred bevat voor het geval er verschillende delictsbetrokkenen zijn (§ 24, Abs. 2 StGB)¹⁹, wordt de '*Rücktritt*' aangemerkt als een persoonlijke strafuitsluitingsgrond, zonder derdenwerking.

III. Vrijwillige terugtred in hoofde van de deelnemer

7. In het arrest van 20 maart 2013 overweegt het Hof van Cassatie voor het eerst uitdrukkelijk dat poging tot deelneming aan een misdrijf niet strafbaar is. Er kunnen minstens drie modaliteiten van poging tot deelneming worden onderscheiden.²⁰ Er kan sprake zijn van een niet-

¹⁴ Voor het onderscheid tussen de *animus auctoris* en de *animus socii* zie J. RUBBRECHT, *Inleiding tot het Belgisch strafrecht*, Leuven, Wouters, 1958, 178.

¹⁵ De rechtspraak van het Hof van Cassatie laat o.i. ruimte voor de (ontwikkeling van de) figuur van het codaderschap. Volgens het Hof van Cassatie veronderstelt daderschap weliswaar dat de dader de constitutieve bestanddelen van het misdrijf in zijn persoon verenigt, maar niet dat de dader eigenhandig alle delictsbestanddelen heeft vervuld. De constitutieve bestanddelen kunnen dus ook toegerekend worden, waardoor iemand geacht kan worden alle delictsbestanddelen te vervullen. Inzonderheid belet volgens het Hof van Cassatie het feit dat een persoon de realisatie van een van de constitutieve bestanddelen van een misdrijf bewust heeft overgelaten aan een ander, niet dat alle constitutieve bestanddelen van het misdrijf in zijn hoofde verenigd kunnen zijn (Cass. 25 september 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1538 en *Pas.* 2001, I, 1482; zie ook m.b.t. het middellijk daderschap: Cass. 9 maart 1993, *Arr.Cass.* 1993, 268 en *Pas.* 1993, I, 260 en Cass. 22 januari 2013, P.12.0625.N).

¹⁶ Zie daarover J. VANHEULE, *Strafbare deelneming*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nrs. 634-642, 795-802 en nrs. 671-674, 830-832.

¹⁷ Zie in deze in: W. CALLEWAERT, "De strafbare poging", *Rechtsk. T.* 1954, 229.

¹⁸ Over deze discussie in de Nederlandse doctrine: H.D. WOLSWIJK, *I.c.*, 537-543.

¹⁹ § 24, (2) StGB bepaalt: "*Sind an der Tat mehrere beteiligt, so wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die Vollendung verhindert. Jedoch genügt zu seiner Strafflosigkeit sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, die Vollendung der Tat zu verhindern, wenn sie ohne sein Zutun nicht vollendet oder unabhängig von seinem früheren Tatbeitrag begangen wird*".

²⁰ Zie daarover: P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, I/1, in *Les Nouvelles. Droit pénal*, Brussel, Larcier, 1956, nr. 2370, 372; A. DE NAUW, *o.c.*, 33 en R. DECLERCQ, *I.c.*, 468-473.

strafbare poging tot deelneming (verschaffen van een koevoet m.o.o. een diefstal) omdat het strafbare hoofdfeit uitblijft (de diefstal blijft uit) of omdat een totaal ander strafbaar hoofdfeit wordt gepleegd (de koevoet wordt niet gebruikt voor een diefstal, maar voor een moord) of omdat er niet daadwerkelijk wordt bijgedragen tot het strafbare hoofdfeit (de koevoet wordt niet gebruikt, omdat de dief hem vergeet of omdat hij teruggenomen wordt nog voor hij kan worden gebruikt).

De poging tot deelneming valt niet onder de toepassings-sfeer van de wettelijke bepalingen m.b.t. de strafbare poging (art. 51-53 Sw.) en in dat opzicht maakt het dan ook niet uit of de deelneming is blijven steken in de pogingsfase als gevolg van omstandigheden *afhankelijk* van de wil van de kandidaat-deelnemer (een valse sleutel wordt teruggenomen vooraleer deze kan worden gebruikt) dan wel als gevolg van omstandigheden *onafhankelijk* van de wil van de kandidaat-deelnemer (de dief vergeet de valse sleutel). Dit belet niet dat de vrijwillige terugtred in hoofde van een deelnemer toch strafrechtelijk relevant kan zijn. Hierna worden enkele beschouwingen gewijd aan, enerzijds, het geval waarbij de deelnemer zijn deelnemingsopzet herroept, maar er niet (volledig) in slaagt zijn deelnemingsgedraging te neutraliseren (A.) en, anderzijds, het geval waarbij de deelnemer vrijwillig de voltooiing van het strafbare hoofdfeit voorkomt (B.).²¹

A. De herroeping van het deelnemingsopzet

8. Zoals de kandidaat-dader van een misdrijf vrijwillig kan terugtreden of het misdrijf vrijwillig kan doen mislukken, kan ook de kandidaat-deelnemer vrijwillig terugtreden en zijn deelnemingsgedraging voortijdig afbreken of de deelneming vrijwillig doen mislukken. Wanneer een deelnemer maar spijt krijgt nadat hij 'het zijne' reeds heeft gedaan, zal het evenwel niet altijd eenvoudig zijn om zijn deelnemingsgedraging te neutraliseren. Een vraag die in dit verband kan worden gesteld, is of de deelnemer daadwerkelijk elk effect van zijn deelnemingsgedraging moet kunnen neutraliseren dan wel of het volstaat dat hij zijn deelnemingsopzet heeft herroepen, opdat er sprake zou zijn van een niet-strafbare poging tot deelneming.

9. Volgens R. DECLERCQ zal er enkel sprake zijn van een niet-strafbare poging tot deelneming wanneer de kandidaat-deelnemer erin slaagt te verhinderen dat hij door zijn gedrag bijdraagt tot het strafbare hoofdfeit. Er wordt dan geen rekening gehouden met de subjectieve ingesteldheid van de kandidaat-deelnemer en de eventueel geleverde inspanningen om te verhinderen dat daadwerkelijk wordt bijgedragen tot het strafbare feit. R. DECLERCQ is op dit punt formeel: "(...) *le critère déterminant sera le lien objectif de causalité plutôt*

que l'état d'âme subjectif ou le caractère plus ou moins sérieux des efforts du provocateur ou du complice".²² In het geval van de kandidaat-medeplichtige die een sleutel heeft verschaft, zal er dan slechts sprake zijn van een niet-strafbare poging tot deelneming wanneer de kandidaat-medeplichtige heeft kunnen verhinderen dat er van de sleutel gebruik werd gemaakt. Slaagt hij daar niet in en wordt de valse sleutel gebruikt, dan is hij strafbaar wegens deelneming en dit ondanks eventuele inspanningen om de verstrekte hulp teniet te doen.²³ R. DECLERCQ volgt dezelfde redenering in het geval van de terugtredende aanzetter, *i.e.* de hypothese van de herroeping van het delictueel mandaat. Aangenomen wordt dat er slechts sprake is van een niet-strafbare poging tot aanzetting wanneer de aanzetter erin is geslaagd de wilsbeïnvloeding te neutraliseren. Het is niet omdat de kandidaat-aanzetter niet meer wil dat het misdrijf wordt gepleegd waartoe hij iemand heeft aangezet en dat ook kenbaar heeft gemaakt aan die persoon, dat deze terugkomt op het door de kandidaat-aanzetter opgewekte wilsbesluit om het misdrijf te plegen en de aanzetting teniet wordt gedaan.²⁴ Stel dat A B ertoe aanzet om C te doden, door B ervan te overtuigen dat C schuld heeft aan de dood van D, een vriend van B. In dit geval zet A B aan d.m.v. misdadige kuiperijen of arglistigheden. Voór de uitvoering van het misdrijf herroept A het delictueel mandaat en hij verklaart daarbij dat hij C valselijk heeft beschuldigd. B gelooft A evenwel niet en doodt C. A blijft dan volgens R. DECLERCQ en ook volgens J. VANHALEWIJN strafbaar wegens aanzetting.²⁵ Ook wanneer de kandidaat-aanzetter het delictueel mandaat heeft herroepen, moet door de rechter worden onderzocht welke de reële invloed is geweest van de aanzetting.²⁶ Enkel wanneer de wilsbeïnvloeding daadwerkelijk werd geneutraliseerd, is de situatie van de kandidaat-aanzetter vergelijkbaar met de kandidaat-medeplichtige die erin is geslaagd de valse sleutel terug te nemen en is er sprake van een niet-strafbare poging tot deelneming.

Of de deelnemingsgedraging daadwerkelijk en in al haar facetten is geneutraliseerd, is niet steeds eenvoudig te bepalen. De materiële hulp of bijstand kan ook een morele steun voor de dader impliceren. Zo valt het niet uit te sluiten dat de dader in zijn voornemen om een diefstal met braak te

²² R. DECLERCQ, *l.c.*, 477.

²³ L. DUPONT, *Beginnelsen van strafrecht*, I, (herziene uitgave), Leuven, Acco, 2004, nr. 475, 198.

²⁴ *Contra*: J.J. HAUS, *o.c.*, I, (uitgave 1874), nr. 459, 354: "(...) *car, en revoquant en temps utile la provocation, il a détruit l'influence qu'elle a pu exercer sur la résolution de l'agent, il lui a enlevé son efficacité, il n'a donc aucune part à la tentative punissable*".

²⁵ J. VANHALEWIJN, "Bijdrage tot de studie van de strafbare deelneming in het Belgisch strafrecht", RW 1961-62, 1541 en R. DECLERCQ, *l.c.*, 476. In dezelfde zin: L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, nr. 601, 332-333; L. DUPONT, *o.c.*, I, (uitgave 2004), nr. 476, 198 en F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, I, Antwerpen, Maklu, 2006, nr. 389, 103.

²⁶ J. VANHALEWIJN, *l.c.*, 1541 en R. DECLERCQ, *l.c.*, 477. In dezelfde zin: L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, nr. 601, 333; L. DUPONT, *o.c.*, I, (uitgave 2004), nr. 476, 198 en F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, I, (uitgave 2006), nr. 389, 103.

²¹ Naar het voorbeeld van H.D. WOLSWIJK, "Enkele opmerkingen over vrijwillig terugtreden bij deelneming" in B.F. KEULEN, G. KNIGGE en H.D. WOLSWIJK (eds.), *Pet Af. Liber Amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 537-558.

plegen wordt gesterkt en aangemoedigd doordat een deelnemer hem een valse sleutel heeft verschaft. Wanneer de deelnemer er later in slaagt de door hem verschaft valse sleutel terug te nemen, heeft hij zijn materiële betrokkenheid geneutraliseerd, maar of dat ook het geval is t.a.v. zijn morele steun is een vraag die veel moeilijker te beantwoorden is. Men kan ook de vraag stellen of een deelnemer die bij de voorbereiding van een misdrijf betrokken is geweest, nog wel vrijwillig kan terugtreden. Stel dat een persoon (A), nadat hij samen met een ander (B) een bankoverval heeft beraamd, zich terugtrekt en afstand neemt van het misdadige plan. Wanneer B vervolgens het misdadige plan dat hij samen met A heeft beraamd, alleen ten uitvoer brengt, kan moeilijk worden ontkend dat A heeft bijgedragen tot het misdrijf.

10. In de voorbereidende werken van het Strafwetboek werd een milder standpunt ingenomen m.b.t. het geval van de vrijwillig terugtrekkende aanzetter.²⁷ Nadat A B heeft gemandateerd om een misdrijf te plegen, bedenkt A zich en herroept hij het delictueel mandaat. Wanneer de herroeping van het delictueel mandaat tot gevolg heeft dat het misdrijf niet wordt gepleegd, is strafbare deelneming uitgesloten, bij afwezigheid van een strafbaar hoofdeit. Wordt het strafbare hoofdeit of een strafbare poging daartoe toch gepleegd, dan is de mandant niet strafbaar wegens deelneming wanneer de mandant: 1) zijn delictueel mandaat uitdrukkelijk heeft herroepen en 2) de mandataris tijdig, d.i. op een nuttig tijdstip, op de hoogte is gebracht van de herroeping.²⁸ Zijn deze cumulatieve voorwaarden niet vervuld, dan blijft de mandant strafbaar wegens aanzetting tot het gepleegde misdrijf, ook wanneer het niet tijdig ter kennis brengen van de herroeping te wijten is aan omstandigheden onafhankelijk van de wil van de mandant. De door de mandant geleverde inspanningen kunnen dan wel in rekening worden genomen

als verzachtende omstandigheid, aldus de 'wetgever' tijdens de voorbereidende werken van het Strafwetboek.²⁹

P.E. TROUSSE heeft deze zienswijze bevestigd en uitgebreid tot de hulp of bijstand: "*On admet qu'il ne peut échapper à la responsabilité de l'infraction à laquelle il a porté aide ou qu'il a provoquée que s'il a fait connaître à temps à l'auteur matériel sa désapprobation de l'infraction*".³⁰ Slaagt de kandidaat-deelnemer er niet in zijn 'wilsverandering' tijdig kenbaar te maken, dan is er geen sprake van een niet-strafbare poging tot deelneming, wel van strafbare deelneming. In voorkomend geval kan bij de straftoemeting rekening worden gehouden met de pogingen van de deelnemer om zijn 'wilsverandering' kenbaar te maken, aldus P.E. TROUSSE.³¹

11. Zelf zijn we van oordeel dat de herroeping van het deelnemingsopzet – P.E. TROUSSE maakt in dit verband gewag van een uiteenlopend opzet in de tijd³² – kan verhinderen dat de voor de strafbaarheid van de deelneming vereiste subjectieve band tussen de deelneming en het strafbare hoofdeit tot stand komt. Ons uitgangspunt is dat er sprake moet zijn van deelnemingsopzet op het ogenblik dat de deelnemer de deelnemingsgedraging verricht. Dit deelnemingsopzet valt o.i. niet samen met de voor de strafbaarheid van de deelneming vereiste subjectieve band tussen de deelneming en het strafbare hoofdeit, maar is wel constitutief voor deze band. De subjectieve band tussen de deelneming en het strafbare hoofdeit kan slechts tot stand komen op het ogenblik dat het strafbare hoofdeit wordt gepleegd en ook de congruentievereiste – tussen het deelnemingsopzet en het opzettelijk gepleegde strafbare hoofdeit moet congruentie bestaan – is vervuld. Dit impliceert dat er tussen het ogenblik

²⁷ *Législation criminelle de la Belgique*, I, *Éléments du commentaire*, II Cinquième rapport correspondant au chapitre VII du projet: De la participation de plusieurs personnes au même crime ou délit et du recèlement, nrs. 321-322, 139. J.J. HAUS en ook J. NYPELS en J. SERVAIS hebben dit standpunt overgenomen in hun rechtsgeleerde commentaren (J.J. HAUS, o.c., I, (uitgave 1874), nrs. 484-487, 372-374 en J. NYPELS, *Le code pénal belge interprété*, I, (herwerkt door J. SERVAIS), (uitgave 1938), nr. 10, 273-276).

²⁸ *Législation criminelle de la Belgique*, I, *Éléments du commentaire*, II Cinquième rapport correspondant au chapitre VII du projet: De la participation de plusieurs personnes au même crime ou délit et du recèlement, nr. 321, 139. De omstandigheid dat er tussen de mandant en de mandataris vijandigheid is gegroeid of dat de mandant zich heeft verzoend met het toekomstige slachtoffer van het misdrijf waartoe hij heeft aangezet, bewijst niet noodzakelijk een wilsverandering en werd daarom onvoldoende geacht. Een herroeping die vóór elk begin van uitvoering ter kennis is gebracht, is tijdig. Een uitdrukkelijke herroeping kan volgens de 'wetgever' ook nog effect sorteren wanneer deze slechts ter kennis komt van de mandataris nadat deze reeds is begonnen met de uitvoering van het misdrijf.

²⁹ *Législation criminelle de la Belgique*, I, *Éléments du commentaire*, II Cinquième rapport correspondant au chapitre VII du projet: De la participation de plusieurs personnes au même crime ou délit et du recèlement, nr. 321, 139. Uit het standpunt van de 'wetgever' blijkt dat deze het delictueel mandaat heeft geassimileerd met een contract en daarop de principes van het burgerlijk recht heeft toegepast. De lastgever kan de lastgevings-overeenkomst beëindigen door de volmacht van de lasthebber te herroepen (art. 2003-2005 BW) (over de principiële herroepelijkheid *ad nutum* van de lastgevingsovereenkomst: B. TILLEMANS, *Lastgeving in APR*, Deurne, Kluwer, 1997, nrs. 534-570, 301-323). Wanneer de mandant het delictueel mandaat herroept, wordt volgens de 'wetgever' de (contractuele) band tussen de mandant en de mandataris verbroken en handelt de mandataris volgens de 'wetgever' als het ware voor eigen rekening. De toepassing door de 'wetgever' van de beginselen van het burgerlijk recht op het delictueel mandaat blijft beperkt tot de hypothesen van de herroeping van het mandaat en het handelen door de mandataris buiten de grenzen van het delictueel mandaat. Een consequente toepassing van de regels van het burgerlijk recht op het delictueel mandaat zou leiden tot het besluit dat het delictueel mandaat steeds nietig is, wegens het ongeoorloofde voorwerp van het mandaat, d.i. het plegen van een misdrijf (zie in dit verband J. VANHALEWIJN, "Bijdrage tot de studie van de strafbare deelneming in Belgisch Strafrecht", RW 1961-62, 1541).

³⁰ P.E. TROUSSE, o.c., I/2, nr. 4004, 135.

³¹ P.E. TROUSSE, o.c., I/2, nr. 4004, 135.

³² P.E. TROUSSE, o.c., I/2, nr. 4004, 135.

van de met deelnemingsopzet verrichte deelnemingsgedraging en het plegen van het strafbare hoofdfeit ruimte bestaat om te verhinderen dat die subjectieve band tot stand komt. Wanneer de deelnemer zich in die periode bedenkt en zich wil terugtrekken, dan kan dit o.i. in welbepaalde omstandigheden verhinderen dat de subjectieve band tot stand komt. Dat de deelnemer zich daadwerkelijk heeft willen terugtrekken, kan dan worden aangetoond aan de hand van de inspanningen die hij heeft geleverd om het misdrijf of zijn betrokkenheid bij het misdrijf te verijdelen.

B. De deelnemer verhindert de voltooiing van het strafbare hoofdfeit

12. Wanneer een deelnemer erin slaagt elk begin van uitvoering van het initieel door hem beoogde strafbare hoofdfeit te voorkomen, kan er van strafbare deelneming in zijn hoofde uiteraard geen sprake zijn. Het onzelfstandig of accessoir karakter van de strafbaarheid van de deelneming impliceert dat het wetens en willens verrichten van een deelnemingsgedraging niet volstaat voor de strafbaarheid (als deelnemer). De vraag kan echter worden gesteld of de deelnemer wel strafbaar is (als deelnemer) wanneer de (hoofd)dader weliswaar overgaat tot een begin van uitvoering van het strafbare hoofdfeit, maar de deelnemer de voltooiing van dat strafbare hoofdfeit vrijwillig verhindert. Een voorbeeld kan deze probleemstelling toelichten. A heeft het voornemen om C te doden door hem een gif toe te dienen. Op diens verzoek bezorgt B, die weet heeft van de misdadige intentie van A en bereid is om hem te helpen bij de uitvoering ervan, A een dodelijk gif. Vervolgens dient A het dodelijke gif toe aan C. B krijgt echter spijt en slaagt erin de dood van C te verhinderen door deze laatste tijdig een tegengif toe te dienen. A heeft een strafbare poging tot vergiftiging (art. 397 Sw.) gepleegd, omdat het verijdelen van de voltooiing van de vergiftiging door B een omstandigheid buiten zijn wil is.³³ Is B, die de dood van C vrijwillig heeft verhinderd, strafbaar uit hoofde van deelneming aan een strafbare poging tot vergiftiging?

Met betrekking tot deze probleemstelling bevatten de conclusies van advocaat-generaal D. VANDERMEERSCH bij het arrest van 20 maart 2013 een interessante passage: "*Ainsi, s'il est possible de participer à une tentative, il n'est pas légalement concevable de tenter de participer, en qualité de coauteur ou de complice, à la commission d'une infraction consommée, tentée ou manquée. Il me semble dès lors que le seul désistement volontaire ultérieur de celui qui a déjà posé les actes de participation est sans incidence sur le caractère punissable de ses actes de participation à moins que ce désistement ait pour conséquence d'empêcher la consommation de l'infraction: dans cette dernière hypothèse, on peut considérer qu'il est question d'une infraction tentée ou manquée à la suite d'un désistement volontaire ce qui, pour l'agent, est éligible de la tentative punissable*". In het geval waarover het Hof van Cassatie te

oordeelen had in het arrest van 20 maart 2013, had de aanzetter, na zijn deelnemingsgedraging te hebben verricht, de voltooiing van het strafbare hoofdfeit geenszins verhinderd, zodat de vraag die wij ons hier stellen, niet aan de orde was in het concrete geval en, bijgevolg, ook niet onmiddellijk duidelijk is welke situatie(s) de advocaat-generaal precies voor ogen had: wordt (enkel) de situatie bedoeld waarbij de deelnemer na het verrichten van zijn deelnemingsgedraging erin slaagt de (hoofd)dader vrijwillig te laten terugtreden, waardoor er sprake is van een niet-strafbare poging met de straffeloosheid van de dader én de deelnemer tot gevolg of wordt (ook) de situatie bedoeld waarbij enkel de deelnemer vrijwillig terugtreedt en deze daardoor de voltooiing van het strafbare hoofdfeit verhindert?

13. Wat betreft de strafbaarheid van de poging, staat vast dat de dader van de poging, i.e. de persoon die het begin van de uitvoeringshandeling heeft verricht, de strafbaarheid van zijn poging kan verhinderen door vrijwillig terug te treden of door het misdrijf vrijwillig te doen mislukken. Dat een deelnemer er vrijwillig voor zorgt dat de dader zijn poging moet staken of de poging doet mislukken, is voor de dader van die poging een omstandigheid die *onafhankelijk* is van zijn wil en in dat opzicht laat de 'vrijwillige terugtrek' of 'het vrijwillig doen mislukken van het misdrijf' door de deelnemer de strafbaarheid van de poging onverlet. Het toedienen van het tegengif door B verhindert niet dat A strafbaar is: A heeft een strafbare poging tot vergiftiging gepleegd.

Wat betreft de strafbaarheid van de deelneming door B aan de strafbare poging tot vergiftiging door A, dient te worden vastgesteld dat B, door het dodelijk gif ter beschikking te stellen van A, een deelnemingshandeling heeft voltooid en dat B op dat ogenblik ook met het vereiste deelnemingsopzet heeft gehandeld. Bovendien heeft A het door B ter beschikking gestelde dodelijk gif ook daadwerkelijk toegediend, zodat er ook daadwerkelijk sprake is van deelneming. Kan B alsnog ontsnappen aan strafrechtelijke aansprakelijkheid uit hoofde van strafbare deelneming aan (strafbare poging tot) vergiftiging door de voltooiing van het misdrijf te verhinderen of is hij onherroepelijk te ver gegaan? Enerzijds kan worden geoordeeld dat A strafbaar is wegens een poging tot vergiftiging en dat B hem daarbij heeft geholpen en bijgevolg ook strafbaar moet zijn uit hoofde van strafbare deelneming aan strafbare poging tot vergiftiging. Anderzijds zou kunnen worden opgeworpen dat, gelet op het feit dat A, nadat hij de uitvoering van het misdrijf reeds is gestart, nog de kans had om vrijwillig terug te treden door zelf een tegengif toe te dienen, ook B die kans niet mag worden ontzegd en ook B vrijuit zou moeten kunnen gaan (uit hoofde van deelneming aan poging tot vergiftiging) door de voltooiing van het misdrijf te verhinderen. In dat opzicht zou de vraag kunnen worden gesteld of de deelnemer, op grond van een analogische toepassing *in bonam partem*, een beroep kan doen op de regel die kan worden afgeleid uit artikel 51 Sw. en volgens welke de vrijwillige terugtrek of het

³³ De eventuele strafbaarheid op grond van art. 402 Sw. wordt hierbij buiten beschouwing gelaten.

vrijwillig doen mislukken van het misdrijf door de dader de strafbaarheid van de poging uitsluit.

In het Duitse strafrecht heeft, zoals reeds aangegeven, de 'Rücktritt' persoonlijke werking en heeft deze enkel gevolgen voor de persoon die zelf vrijwillig is teruggetreden. Maar wanneer verschillende personen betrokken zijn bij een strafbaar feit, gaat ook de deelnemer die de voltooiing van het strafbare hoofdfeit vrijwillig verhindert, vrijuit. Deze van oorsprong jurisprudentiële oplossing waarbij de terugtredregeling voor de dader onder vigeur van het oude § 46 StGB ook werd toegepast op de deelnemers, werd wettelijk verankerd in § 24, Abs. 2 van het StGB.

14. Uit bovenstaande beschouwingen moge blijken dat de in het Belgische strafrecht gehuldigde principes volgens welke de deelneming aan een strafbare poging strafbaar is en de poging tot deelneming niet strafbaar is, berusten op rechtsdogmatische uitgangspunten, inzonderheid m.b.t. de vrijwillige terugtred, waaraan nauwelijks wordt getornd. Evenwel kunnen de oplossingen waartoe deze uitgangspunten leiden in verschillende feitelijke situaties, vragen doen rijzen over de houdbaarheid van het actuele rechtsdogmatische statuut van de vrijwillige terugtred, i.e. de afwezigheid van vrijwillige terugtred als negatief constitutief bestanddeel van de strafbare poging en van de actuele onmogelijkheid voor de deelnemer om de vrijwillige terugtred in te roepen.

Dr. Jan VANHEULE

Vrijwillig wetenschappelijk medewerker KU Leuven,
Instituut voor strafrecht – Advocaat

Cass. 10 december 2013 (P.12.1170.N)

Zet.: Maffei (Afdelingsvoorzitter), Van hoogenbemt, Van
Volsen, Lievens en Francis (Raadsheren)
O.M.: Duinslaeger (Eerste advocaat-generaal)
Adv.: Mr. A. Alders en Mr. P. Arnou

ART. 215-216 SW. – ART. 1382-83 BW – VALSE GETUIGENIS
– BEGROTING SCHADE

De enkele omstandigheid dat de partijen om de tuin geleid worden door een valse getuigenis en dat het theoretisch niet geheel uit te sluiten is dat een valse getuigenis een invloed kan hebben op de besluitvorming van de rechter, heeft niet steeds voor gevolg dat daardoor schade ontstaat.

(...)

I. Rechtspleging voor het hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent, correctionele kamer, van 1 oktober 2012.

(...)

II. Beslissing van het hof

Beoordeling

Middel

(...)

Tweede onderdeel

1. Het onderdeel voert schending aan van de artikelen 215 en 216 Strafwetboek en de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek: het arrest oordeelt, eensdeels, dat de invloed van de getuigenis van de verweerster op de besluitvorming van het hof van assisen theoretisch niet kan uitgesloten worden en dat door het hof van assisen, de partijen en de raadslieden met haar valse getuigenis om de tuin te leiden, de verweerster bijzonder onfatsoenlijk heeft gehandeld, anderdeels, dat de eiseres faalt in het bewijs dat de valse getuigenis van de verweerster haar enig nadeel heeft berokkend; een valse getuigenis afgelegd ten nadele van een partij, die deze moet incasseren, haar verplicht de inhoud ervan te betwisten en het oordeel van het hof van assisen in haar nadeel kan beïnvloeden, berokkent deze partij steeds schade, zij het slechts morele schade.

2. Het onderdeel preciseert niet hoe en waardoor het arrest de artikelen 215 en 216 Strafwetboek schendt.

In zoverre is het onderdeel onnauwkeurig, mitsdien niet ontvankelijk.

3. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt niet dat de eiseres voor het hof van beroep heeft aangevoerd dat de door de verweerster afgelegde getuigenis haar schade heeft berokkend door het enkele feit dat ze die moest incasseren en heeft moeten betwisten. De eiseres kan dit niet voor het eerst voor het Hof aanvoeren.

In zoverre is het onderdeel nieuw, mitsdien evenmin ontvankelijk.

4. De enkele omstandigheid dat de partijen om de tuin geleid worden door een valse getuigenis en dat het theoretisch niet geheel uit te sluiten is dat een valse getuigenis een invloed kan hebben op de besluitvorming van de rechter, heeft niet steeds voor gevolg dat daardoor schade ontstaat. Het staat de rechter dit concreet, dit is in feite en onaantastbaar, na te gaan. Hij kan uit het feit dat het van bij de aanvang voor iedereen overduidelijk was dat de afgelegde getuigenis onbetrouwbaar was, wettig de afwezigheid van schade afleiden.

5. Het arrest (ro 3.2.6, achtste en negende blad) vermeldt de feitelijke gegevens die, naar het oordeel van de appelrechters, erop wijzen dat het duidelijk was dat de verweerster voor het hof van assisen een valse getuigenis heeft afgelegd. Het leidt hieruit af dat het met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid uit te sluiten is dat deze verklaring van aard geweest